



KSIĘGARNIA
AKADEMICKA
PUBLISHING

EGZEKUTYWA DEMOKRATYCZNEGO PAŃSTWA PRAWA WOBEC WSPÓŁCZESNYCH
WYZWAŃ CYWILIZACYJNYCH

Author(s): Jan Wiktor TKACZYŃSKI

Source: *Politeja*, No. 4 (2005), pp. 300-316

Published by: Księgarnia Akademicka

Stable URL: <https://www.jstor.org/stable/26324688>

Accessed: 26-01-2021 16:16 UTC

JSTOR is a not-for-profit service that helps scholars, researchers, and students discover, use, and build upon a wide range of content in a trusted digital archive. We use information technology and tools to increase productivity and facilitate new forms of scholarship. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Your use of the JSTOR archive indicates your acceptance of the Terms & Conditions of Use, available at <https://about.jstor.org/terms>



Księgarnia Akademicka is collaborating with JSTOR to digitize, preserve and extend access to *Politeja*

Jan Wiktor TKACZYŃSKI

Uniwersytet Jagielloński

EGZEKUTYWA DEMOKRATYCZNEGO PAŃSTWA PRAWA WOBEC WSPÓŁCZESNYCH WYZWAŃ CYWILIZACYJNYCH

ABSTRACT The first part of the article poses the question whether Montesquieu's typology of powers is valid in modern democratic political systems. Fifty years ago nation-states were dominant institutions and corporate alliances and global capital market were not even foreseen, and world economy was not as closely integrated. Today democratic and law-ruled states face constant challenges from many global, and even regional tendencies such as liberalization, globalization, economic competition and integration as well as from „products” of those processes – interest groups, multinational companies, and international political and economic organizations. The second part of the article discusses the impact of those challenges on the shape, functions and perspectives of states' executive systems emphasizing in particular the influence of europeanization, privatization and economization of the executive process, and directions in development of contemporary statehood. This allows to observe how far the hitherto existing functions of the state have changed, and how the comprehension of the essence of the state itself is still being further modified due to this very reason.

Nie można dziś powiedzieć, że spełniło się proroctwo zawarte w tytule pierwszego rozdziału klasycznego już dzieła Ernsta Forsthoffa sprzed ponad 30 lat¹. Republika Federalna Niemiec, która stanowiła ówczesnie punkt wyjścia dla rozważań futurologicznych Forsthoffa. Byłoby jednak przesadą twierdzić, że nic się w pojmowaniu państwa od tego czasu nie zmieniło. Więcej, że nic w funkcjonowaniu pań-

¹ E. Forsthoff, *Der Staat der Industriegesellschaft. Dargestellt am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland*, München 1971.

stwa nie uległo zmianie. Kiedy bowiem jeszcze nowożytnie rozumienie państwa zakładało jako *conditio sine qua non* jego zaistnienia w stosunkach międzynarodowych posiadanie przez nie pełni suwerenności, tak funkcjonowanie chociażby niektórych nam współczesnych organizacji międzynarodowych sprowadza, bynajmniej nie teoretycznie, tę właśnie suwerenność do zupełnie innych, i powiedzmy to tutaj od razu, mocno skurczonych rozmiarów.

Także wizja suwerenności państwa do wewnątrz uległa zmianie. Aczkolwiek pozostaje ono w dalszym ciągu charakteryzowane na potrzeby nauk prawnych i politycznych jako triada złożona z terytorium, władzy najwyższej i ludności, to nie da się przecieżyć przeoczyć wpływu demokratyzacji procesu politycznego na jego kształt. Bowiem państwo, gdy staje się własnością wszystkich obywateli, głupich i mądrych, bogatych i biednych, słabych i silnych wreszcie, przekształca się nieodparcie w arenę zmagania zarówno jednostek, jak i grup reprezentujących nie tylko różnorodne interesy, ale i odmienne drogi ich urzeczywistnienia.

1. AKTUALNOŚĆ MONTESKUSZOWSKIEGO TRÓJPODZIAŁU WŁADZ W DOBIE DZISIEJSZEJ

Zadaniu zabezpieczenia sprawiedliwego dostępu do sprawowania władzy w pluralistycznym społeczeństwie, będącemu zresztą tematem dzieł wypełniających półki niejednej biblioteki, służyć ma w pierwszym rzędzie podział władzy. I ten wertykalny, którego początku szukać należy w natchnieniu czerpanym z pism Monteskiusza, i ten horyzontalny, którego praktyczne wyłożenie przyniosła konstytucja amerykańska z 1787 r.

W demokratycznym państwie prawa, słusznie uznawanym za standardowe rozwiązanie wspomnianego zadania, pozostają trzy władze: ustawodawcza, wykonawcza i sądownicza, będące w określonym stosunku wobec siebie. Ramy tego określenia wyznaczają przy tym najczęściej konstytucyjne uregulowania. Władzą naczelną jest tutaj, stosownie do fundamentalnej zasady, według której cała władza bierze swój początek ze zwierzchnictwa narodu, legislatywa. Jeśli nie liczyć aktów demokracji bezpośredniej, ów organ władzy państwowej stanowi wybrany przez naród parlament, którego legitymacja jest wynikiem bezpośredniej woli wyborców. Wolno zatem określić za Romanem Herzogiem² ten stan mianem „przewagi legitymizacyjnej” wobec egzekutywy oraz judykatury, których demokratyczna legitymacja wprawdzie nie jedynie, ale jednak znacząco wypływa z woli parlamentu³.

² R. Herzog, *Art. 20, Abschnitt II: Demokratie*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, t. III, red. T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog, München 2004, RdNr. 76. Podobnie E. Schmidt-Aßmann, *Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff*, „Archiv des Öffentlichen Rechts” 3 (1991), s. 329-390. Tamże, s. 364.

³ Art. 20 ust. 3 Ustawy Zasadniczej RFN wprowadza tutaj wyraźnie wartościujące rozróżnienie: władza ustawodawcza podporządkowana jest w swoim działaniu zasadzie zgodności z „porządkiem konstytucyjnym”, gdy tymczasem w przypadku władz wykonawczej i sądowniczej mowa jest jedy-

Ten punkt widzenia dzielą różni autorzy⁴, co pozwala stwierdzić, że najwyższe przedstawicielstwo narodowe może być postrzegane jako centrum grawitacyjne demokratycznego państwa prawa. Nie sposób przy tym przeoczyć, że źródłem wspomnianego pierwszeństwa parlamentu jest rola, jaką odgrywa on w procesie stanowienia prawa. Centralne znaczenie tego elementu postępowania w konstytucyjnie zorganizowanym państwie wynika – także i o tym należy tu wspomnieć – z dwóch, wprawdzie różnych, ale nierozłącznie ze sobą powiązanych zasad, a mianowicie praworządności i demokracji⁵. Tym samym legislatura stanowi główną instancję kierującą, stanowione prawo natomiast środek do organizowania społeczeństwa w ogólności, sterowania zaś administracją⁶ w szczególności⁷.

Jeżeli znany jest już rodzaj zależności administracji od władzy prawodawczej, w następnej kolejności konieczne będzie ustalenie związków pomiędzy administracją a władzą wykonawczą. Jak podaje Günter Püttner⁸, pojęcia: „zadania administracyjne”, „zadania państwowe” oraz „zadania publiczne” używane są powszechnie, aczkolwiek bezzasadnie, jako synonimy. Podzielając częściowo tę opinię, przyjdzie tutaj wskazać, że jeśli pod pojęciem zadań państwowych rozumieć wypadnie zadania wykonywane przez państwo bądź jego organy, tak w przypadku zadań publicznych należy mówić o zadaniach wypełnianych przez jednostki organizacyjne tak władzy państwowej, jak i samorządowej. W żadnym jednak wypadku zgodzić się nie można z jednym, wszakże znamionnym dla Püttnera zastrzeżeniem, że pod uwagę mogą być

nie o zgodności z „ustawą i prawem”. Porównaj także ogólne uwagi na temat stanu badań w tym zakresie: H. Schulze-Fielitz, *Was macht die Qualität öffentlich-rechtlicher Forschung aus?*, „Jahrbuch des Öffentlichen Rechts – Neue Folge” 50 (2002), s. 1-68.

⁴ Tu garść tylko przykładów, podanych w porządku chronologicznym: H. Steiger, *Organisatorische Grundlagen des parlamentarischen Regierungssystems. Eine Untersuchung zur rechtlichen Stellung des Deutschen Bundestages*, Berlin 1973, s. 15 i n.; S. Magiera, *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung des Grundgesetzes. Eine Untersuchung zu den Grundlagen der Stellung und Aufgaben des Deutschen Bundestages*, Berlin 1979, s. 159 i n.; W. Mößle, *Regierungsfunktionen des Parlaments*, München 1986, s. 132 i n.; H. Hofmann, *Verfassungsrechtliche Perspektiven. Aufsätze aus den Jahren 1980-1994*, Tübingen 1995, s. 129 i n.; M. Morlok, *Artikel 38 Wahlrechtsgrundsätze*, [w:] *Grundgesetz-Kommentar*, t. II, red. H. Dreier, Tübingen 1998, s. 783-850; H. Dreier, *Die drei Staatsgewalten im Zeichen von Europäisierung und Privatisierung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 13 (2002), s. 537-547.

⁵ Tak H. Dreier, *Die drei Staatsgewalten...*, s. 537. Inaczej natomiast Ch. Starck, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, [w:] *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, t. II, red. J. Isensee, P. Kirchhof, Heidelberg 1987, § 29 Rn. 1 i n. Starck upatruje legitymacji państwa w „dwóch źródłach”, tj. w demokracji i w praworządności. Z najnowszej literatury na uwagę zasługuje w tym względzie: K. Dieter Wolf, *Die neue Staatsräson. Zwischenstaatliche Kooperation als Demokratieproblem in der Weltgesellschaft. Plädoyer für eine geordnete Entstaatlichung des Regierens jenseits des Staates*, Baden-Baden 2000.

⁶ O pojęciu historii, organizacji, funkcjach i znaczeniu administracji dla państwa, wyczerpująco w: B. Becker, *Öffentliche Verwaltung*, Percha am Starnberger See 1989.

⁷ G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft. Verwaltung, Verwaltungsrecht, Verwaltungslehre*, Baden-Baden 2000, s. 455 i n.

⁸ G. Püttner, *Verwaltungslehre*, München 2000, s. 35-36.

tutaj brane jednostki organizacyjne o charakterze nieprywatnym. Tego rodzaju wyłączenie jest dzisiaj, o czym w innym miejscu, bezzasadne.

To, że trzecie wymienione przez Püttnera pojęcie zadań administracyjnych nie jest w przedstawionej systematyce odrębnie wartościowane, pozwala powiedzieć: administracja nie jest niczym innym jak instrumentem państwa (samorządu), służącym do wykonywania przypisanych mu zadań. Oczywistym rezultatem tak przyjętego założenia musi się stać synonimiczność zadań administracyjnych z państwowymi (samorządowymi). Mówiąc wprost, brak zadań administracyjnych, które nie byłyby zarazem zadaniami państwowymi bądź samorządowymi. Tego rodzaju typologii nie możemy jednak tutaj uznać za wystarczającą.

Przy próbie zdefiniowania zależności pomiędzy władzą wykonawczą a administracją albo – dokładniej mówiąc – chcąc udzielić odpowiedzi na pytanie, czym jest jedno i (bądź) drugie, możemy odwołać się do ustaleń Horsta Dreiera⁹. Zgodnie z zaproponowanym przez niego negatywnym doborem administracja nie jest ani dowolnie instytucjonalizowaną organizacją, ani aparatem władzy stworzonym odpowiednio do czysto przydatnych celów, ani też wreszcie sumą jedynie władz i urzędów. Oczywiście stworzonego na zasadzie odejmowania modelu Dreiera nie może jednak przesłonić racji tych, którzy, idąc śladem klasyków Wiedeńskiej Szkoły Teoretyków Prawa: Hansa Kelsena¹⁰ i Adolfa Merkla¹¹, postrzegają administrację głównie jako instrument realizacji woli suwerena¹². I to niezależnie od tego, czy mowa tutaj o monarchii absolutnej, czy też o demokratycznym państwie prawa.

Wynikły stąd paradoks jest łatwy do rozwiązania, jeśli pozostać jedynie przy wyjściowym, wąskim rozumieniu znaczenia terminu „administracja” jako instytucji wykonawczej suwerena. Tymczasem, aczkolwiek proces transmisji zleceń wykonawczych jest procesem *ex definitione* hierarchicznym, od instancji wyższej do niższej, to w żadnym wypadku nie jest jednak *ad libitum*. Dzieje się tak dlatego, że w demokratycznym państwie prawa przez administrację wypada rozumieć, w szerszym znaczeniu, również działalność wykonawczą egzekutywy. Inaczej mówiąc, przetwarzanie stanowionego prawa na konkretne decyzje wykonawcze przez władzę wykonawczą.

Ponieważ analiza działalności wykonawczej, będącej wprawdzie kategorią nauki o administracji, rozumianej jednak przez naukę o polityce jako proces decyzyjny, pozostaje tu węzłowym zagadnieniem badawczym, przyjdzie szczegółowo powrócić do tej kwestii w innym miejscu. Zaznaczając tedy ów problem, wolno w tym miejscu jedynie zaznaczyć, że tak skomponowana władza wykonawcza podlega wpraw-

⁹ H. Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat. Genese, aktuelle Bedeutung und funktionelle Grenzen eines Bauprinzips der Exekutive*, Tübingen 1991, s. 108 i n., 121 i n., 129 i n., 141 i n.

¹⁰ H. Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen 1929, s. 69 i n.

¹¹ A. Merkl, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin 1927, s. 6 i n.

¹² Tak m.in.: B. Stollberg-Rilinger, *Der Staat als Maschine. Zur politischen Metaphorik des absoluten Fürstenstaats*, Berlin 1986, s. 62 i n., oraz H. Rossen, *Vollzug und Verhandlung. Die Modernisierung des Verwaltungsvollzugs*, Tübingen 1999, s. 16 i n.

dzie kontroli władzy prawodawczej, ale – i to jest niewątpliwie znakiem dzisiejszych czasów – może wpływać i wpływa (zresztą dzięki konstytucyjnej możliwości korzystania z inicjatywy ustawodawczej) na kształt stanowionego prawa.

2. ODWRÓT OD OMNIPOTENCJI PAŃSTWA

Określenie trzeciej władzy jako sądowego rozjemcy pomiędzy legislatywą a egzekutywą musi, rzecz jasna, zawierać w sobie element ważnej – z politycznego punktu widzenia – kontroli prawnej. Podtrzymując dokonane rozróżnienie widzenia władzy wykonawczej w jej szerszym i węższym znaczeniu, wypadnie zauważyć, że sądownictwo konstytucyjne w pierwszym, administracyjne zaś w drugim przypadku spełnia rolę takiej właśnie kontroli. Artykuł 19 ust. 4 niemieckiej Ustawy Zasadniczej (UZ) dokumentuje to założenie w przepisie konstytucyjnym, natomiast orzecznictwo niemieckiego Federalnego Trybunału Konstytucyjnego w odniesieniu do praktyki ustrojowej¹³.

Szczególnie w przypadku tej ostatniej nie może zabraknąć tutaj komentarza, że po stronie faktycznej dla nieokreślonych pojęć prawnych nie ma z zasady możliwości swobody w ich interpretacji lub konkretyzacji¹⁴. Inaczej mogłoby to bowiem prowadzić do tego, że władza wykonawcza w węższym znaczeniu tworzyłaby sama warunki dla swojego działania¹⁵. Że tego rodzaju praktyki nie mogą mieć miejsca w demokratycznym państwie prawa, więcej, że po stronie skutków prawnych przeciw uznaniu swobody zakłada się środki zmierzające w kierunku „maksymalizacji kontroli”¹⁶, rozumie się samo przez się.

Z łatwością przyjdzie tedy stwierdzić, że przedstawiony klarowny i sam w sobie spójny model legislacyjnego programowania nigdy nie był w sposób pełny, niejako w formie czystej, wprowadzony w życie. I trzeba to powiedzieć wyraźnie – nie zostanie także wprowadzony w przewidywalnej przyszłości. Gdyby pójść tropem analizy kondycji współczesnego państwa dokonanej przez Wolfganga Reinharda¹⁷, to wy-

¹³ M. Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht. Zur Kontrolle bei wertenden Behördenentscheidungen vom Preussischen Obergerwaltungsgericht bis zum modernen Gerichtsschutz im Prüfungsrecht*, Tübingen 1999, s. 167 i n.; M. Geurts, *Verwaltungsgerichtliche Kontrollen. Ein Vergleich zwischen Deutschland und Frankreich unter besonderer Berücksichtigung des technischen Sicherheitsrechts*, Frankfurt am Main 1999, passim.

¹⁴ To typowe i tradycyjne dla administracyjnej praktyki niemieckiej stanowisko bierze swój początek z dwóch kryteriów, a mianowicie z zakresu swobodnej oceny (*Beurteilungsspielraum*) oraz uznania (*Ermessen*). Więcej na ten temat, patrz: E. Pache, *Tatbestandliche Abwägung und Beurteilungsspielraum. Zur Einheitlichkeit administrativer Entscheidungsfreiräume und zu deren Konsequenzen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren – Versuch einer Modernisierung*, Tübingen 2001, s. 11, 20, 33, 57, 120 i n.

¹⁵ H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München 2000, s. 21-152.

¹⁶ E. Franßen, *50 Jahre Verwaltungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 9 (1998), s. 413-421 (tamże, s. 417).

¹⁷ W. Reinhard, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, München 2000, s. 517.

padnie za nim zauważyć, po pierwsze, proces mutowania demokratycznej organizacji państwowej w demokrację interesów grupowych, po drugie zaś, proces dezintegracji samej koncepcji państwa socjalnego, na którego określenie bardziej zasadne byłoby jednak tutaj użycie terminu „państwo interwencyjne”.

Z wymienionych przez Reinharda przyczyn tego stanu rzeczy: (1) złego gospodarowania państwem – wyniku wspomnianej politycznej gry interesów grupowych, (2) utraty przewag komparatywnych w handlu (a nie, jak pisze Reinhard, zasobów) – skutku globalizacji gospodarczej oraz (3) częściowego przenoszenia przez obywateli (firmy) własnej aktywności do tzw. szarej strefy – konsekwencji dwóch pierwszych¹⁸, uwagę naszą skupić wypadnie na traktowaniu państwa niczym postawu sukna, by przywołać Sienkiewiczowską figurę literacką. Dzieje się tak dlatego, że polityka nie jest już więcej utożsamiana z działaniem *pro publico bono*, ale na rzecz interesów partykularnych, grupowych właśnie.

Ów stan nie upoważnia jednak do dyskredytowania demokracji, nawet jeśli spostrzeżenie Paula Johnsona¹⁹ o widzeniu przez zawodowych polityków *res publica* w kategoriach głosowania, przez zwykłych ludzi natomiast w kategoriach sprawiedliwości, przekłada się jedynie na obietnice wyborcze tych pierwszych pod adresem tych drugich. O wiele poważniejszy skutek należy przypisać bowiem tej konstatacji, że pole manewru demokratycznego państwa opiekuńczego, które wzbudza jeszcze u wielu wrażenie wszechobecności i wszechwładzy, w wyniku opisanej gry politycznej systematycznie maleje. Więcej, że monopol władzy państwowej rozpada się, a samo wykonywanie władzy staje się udziałem różnego rodzaju organizacji bądź instytucji. Jest to bowiem wynik i dynamiki, i stopnia kompleksowości procesu cywilizacyjnego, które tak znacząco odróżniają dzisiejszą organizację państwową od wcześniejszych.

W rozważaniach na temat tendencji rozwojowych państwa w ogólności, a niemieckiego w szczególności, Erhard Denninger stawia tezę o stopniowym przedzierzaniu się jego funkcji wyłącznie władczych w funkcje usługodawcze i wysnuwa z tego wnioski o obumieraniu w dalszej kolejności struktur państwowych²⁰. Aczkolwiek teza ta może mieć na pierwszy rzut oka przekonujący charakter²¹, to, przywołując tutaj jedynie niektóre głosy²², przyjdzie powiedzieć, że skuteczne przejmowanie przez

¹⁸ Tamże, s. 517-518.

¹⁹ P. Johnson, *Historia świata*, Londyn 1992, s. 682.

²⁰ E. Denninger, *Der gebändigte Leviathan*, Baden-Baden 1990, s. 9-29. Podobnie widzi ten proces K. Ohmae, z tą jednakże różnicą, że punktem wyjścia u niego jest objęcie ramami jedności gospodarczej większości producentów i konsumentów świata (*Die neue Logik der Weltwirtschaft. Zukunftsstrategien der internationalen Konzerne*, Hamburg 1992, s. 12).

²¹ O. Massing, *Souveränität – ein unverzichtbarer Anachronismus?*, [w:] *Abschied vom Staat – Rückkehr zum Staat?*, red. R. Voigt, Baden-Baden 1993, s. 82-83.

²² G. F. Schuppert, *Zur Neubelebung der Staatsdiskussion: Entzauberung des Staates oder „Bringing the State Back in”*, „Der Staat” 28 (1989), s. 91-104; E.-H. Ritter, *Das Recht als Steuerungsmittel im kooperativen Staat*, [w:] *Wachsende Staatsaufgaben – sinkende Steuerungsfähigkeit des Rechts*, red. D. Grimm, Baden-Baden 1990, s. 69-112; H. Dreier, *Hierarchische Verwaltung im demokra-*

państwo nowych funkcji zachodzi jedynie przy zachowaniu przez nie jego funkcji dotychczasowych²³. Temu wkraczaniu państwa na *terra incognita* nowych zadań towarzyszy przy tym, co znamienne, od końca XIX stulecia, systematyczny rozwój sektora publicznego.

3. KIERUNKI ROZWOJOWE WSPÓŁCZESNEJ PAŃSTWOWOŚCI

Analizując współczesne trendy w gospodarce światowej, mianowicie przybierającą na sile globalizację, liberalizację, konkurencję oraz interdependencję, a wreszcie pęd do integracji, nie sposób pominąć niebezpieczeństw, na jakie wystawiona jest polityka państw jako pojedynczych aktorów politycznych. Ze względu bowiem na brak odpowiadającego wyzwaniu czasu elastycznego systemu decyzyjnego, w którym droga pomiędzy informacją (*input*) a decyzją (*output*) jest możliwie najkrótsza, narodowo działające administracje stoją wobec światowego otwarcia gospodarczego o nieznanym dotąd wymiarze.

Badający tę problematykę James N. Rosenau stwierdza, że wprawdzie gospodarcza globalizacja, nieustanny przepływ technologii i wykształcanie się międzynarodowych standardów wymuszają unifikację, to jednak, z drugiej strony, zyskują na znaczeniu siły odśrodkowe: regionalizacja i chęć zachowania lokalnej tożsamości²⁴. Te dwie przeciwstawne tendencje rozwojowe: integracja i fragmentaryzacja, w przedstawionym przez niego *worldview* sprawiają, że postępującej perforacji suwerenności państwowej towarzyszy powstawanie – i to jest według Rosenaua znak czasów – całkowicie niezależnych od narodowych państw aktorów (*spheres of authority*), począwszy od międzynarodowych koncernów, na ponadnarodowych ugrupowaniach polityczno-gospodarczych kończąc²⁵.

Jeżeli nawet jednak przyjąć konstatację Rosenaua za prawdziwą, to – powołując się na Roberta H. Jacksona i Alana Jamesa bądź Johna Ikenberry'ego²⁶ – przyjdzie tutaj powiedzieć, że państwo jako instytucja w swoim nowożytnym kształcie sprawdziło się jako model organizacji społeczno-politycznej. Od czasów Wielkiej Rewolucji Francuskiej demokratyczne państwo pozostaje bowiem własnością wszystkich obywateli, gdy tymczasem koncerny są własnością jedynie akcjonariuszy. Już tylko z tego

tischen Staat..., s. 159-304; H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan auf dem Wege zum nützlichen Haustier?*, [w:] *Abschied vom Staat...*, s. 95-120; T. Maunz, R. Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, München 1998, s. 51-54; R. Zippelius, *Allgemeine Staatslehre*, München 2003, s. 366-381.

²³ H. Schulze-Fielitz, *Der Leviathan...*, s. 95. Schulze-Fielitz sprowadza sens tej wypowiedzi do zdania: *Dla niego* [dla państwa – objaśn. aut.] *nie ma żadnej realnej alternatywy*.

²⁴ J. N. Rosenau, *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring Governance in a Turbulent World*, Cambridge 1997, s. 99-117.

²⁵ Tamże, s. 43-44.

²⁶ J. H. Jackson, A. James, *The Character of Independent Statehood*, [w:] *States in a Changing World: A Contemporary Analysis*, red. J. H. Jackson, A. James, Oxford 1993, s. 5-8, oraz G. John Ikenberry, *The Myth of Post-Cold War Chaos*, „Foreign Affairs” 3 (1996), s. 79-91.

punktu widzenia staje się oczywiste, że państwo uchodzi słusznie w naukach ekonomicznych za ważną zmienną interwencyjną w systemie determinant międzynarodowej konkurencyjności. Wysokość dotacji i podatków wpływa bowiem na czynniki produkcji, podobnie jak zamówienia publiczne na kształtowanie warunków popytu, by nie mówić już tutaj o rozstrzygającym dla oceny warunków konkurencyjności znaczeniu prawodawstwa gospodarczego.

Powyższe wprowadzenie do ekonomii państwa pozwala zobaczyć, jak dalece uległ zmianie zakres jego dotychczasowych funkcji; więcej, jak samo pojmowanie istoty państwa z tego właśnie powodu podlega nieustannym dalszym modyfikacjom. Stąd, szukając odpowiedzi na pytanie: jakie środki polityczne nadają się najlepiej do tego, aby wpływać na rozstrzygające determinanty konkurencyjności w celu utrzymania bądź kreowania konkurencyjności, należy stale mieć na uwadze następujące spostrzeżenie: istnienie tych samych struktur pozwala na zachowanie zbliżonego poziomu we wszystkich państwach pozostających członkami tych samych organizacji gospodarczych.

3.1. Prywatyzacja procesu wykonawczego

Przedstawione zjawiska nie mają charakteru wyjątkowego, ograniczonego do terytorium jednego państwa. Wręcz przeciwnie. Stanowią one trend, chciałoby się powiedzieć, w trzech wymiarach. Mowa jest, po pierwsze, o procesie szeroko tutaj rozumianej prywatyzacji działalności samego państwa. Po drugie, o wpływie ustawodawstwa supranarodowego na prawodawstwo krajowe, tutaj pojmowanego jako proces „europeizacji” przepisów prawnych państw członkowskich Unii Europejskiej. I po trzecie wreszcie, o ekonomizacji samego procesu wykonawczego. Daleko idące konsekwencje wspomnianych procesów dają się przy tym dostrzec na wszystkich trzech wymienionych płaszczyznach sprawowanej władzy: (a) ustawodawczej, (b) wykonawczej oraz (c) sądowniczej.

Wystarczy przypomnieć, że o ile układ zależności pomiędzy państwem a obywatelem w liberalnym państwie prawa zasadzał się na możliwie najbardziej precyzyjnym zapisie wzajemnych praw i obowiązków, o tyle ów bipolarny model ustępuje obecnie miejsca multipolarnemu systemowi zależności prawnych o różnorodnym zasięgu i stopniu oddziaływania²⁷. Ta metamorfoza państwa jest przy tym wynikiem zarówno ilościowego przyrostu zadań, jak i jakościowych zmian w ich widzeniu²⁸. Zmiany te, biorąc tutaj pod uwagę jedynie kształt funkcji państwa, dają się pokrótce sprowadzić do przeobrażeń na polu:

²⁷ H. Dreier, *Informales Verwaltungshandeln*, „Staatswissenschaften und Staatspraxis” 4 (1993), s. 647-681.

²⁸ H. Hofmann, *Die Aufgaben des modernen Staates und der Umweltschutz*, [w:] *Umweltstaat*, red. M. Kloepfer, Berlin 1989, s. 1-38; R. Wahl, *Staatsaufgaben im Verfassungsrecht*, [w:] *Staatswissenschaften: Vergessene Disziplin oder neue Herausforderung?*, red. T. Ellwein, J. J. Hesse, Baden-Baden 1990, s. 29-53, oraz tegoż samego autora *Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, [w:] *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, red. W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, G. F. Schuppert, Baden-Baden 1993, s. 177-218.

- wymogów kooperacji²⁹,
- sposobów kierowania³⁰,
- możliwości moderowania³¹,
- warunków pośredniczenia³²,
- zasad komunikowania³³.

Mówiąc o powyższych przeobrażeniach, byłoby przedwczesnym twierdzić, że mamy tu do czynienia ze swoistym wycofywaniem się państwa. Nie jest to bowiem z jego strony przypadkowa rezygnacja z precyzyjnego regulowania określonej materii, lecz świadomość własnego ograniczenia wobec możliwości funkcji regulujących prawa w przypadku kompleksowych zadań. Jeśli państwo nie występuje tutaj jedynie w roli aparatu przymusu, lecz jako siła porządkująca o rozległych możliwościach, to wówczas mają miejsce zmiany dotyczące nie tylko określonych ram prawnych bądź struktur organizacyjnych, ale również zasad działania administracyjnego. Mowa tu dla przykładu o zadaniach w dziedzinie ochrony środowiska, planowania przestrzennego i, *last but not least*, o zamierzeniach polityczno-gospodarczych, które zmuszają państwo – ze względu na tempo przemian społecznych, dynamikę oraz kompleksowość procesów ekonomicznych – do zadowolenia się wydawaniem jedynie przepisów o charakterze ogólnym³⁴.

We wszystkich tych przypadkach prawo nie stanowi już więcej zamkniętego i tylko mechanicznie gotowego do wdrożenia produktu procesu politycznego, lecz pierwszą fazę ciągu pracy, polegającego na stymulowaniu za jego pośrednictwem procesów społeczno-gospodarczych. To właśnie prowadzi do charakterystycznej zmiany w widzeniu roli egzekutywy (administracji) na centralnych szczeblach wykonywania zadań państwowych³⁵. Miejsce sztywnego instrumentarium w formie nakazów i za-

²⁹ E.-H. Ritter, *Der kooperative Staat. Bemerkungen zum Verhältnis von Staat und Wirtschaft*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 3 (1979), s. 389-413.

³⁰ *Wandel der Handlungsformen im Öffentlichen Recht*, red. K. Becker-Schwarze, W. Köck, T. Kupka, M. von Schwanenflügel, Stuttgart–München–Hannover–Berlin 1991, s. 47-98. Także F. W. Scharpf, *Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts*, [w:] *Staat und Demokratie in Europa*, red. B. Kohler-Koch, Opladen 1992, s. 93-115, oraz G. F. Schuppert, *Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft. Zur Steuerung des Verwaltungshandelns durch Verwaltungsrecht*, [w:] *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts...*, s. 65-114.

³¹ F. W. Scharpf, *Versuch über Demokratie im verhandelnden Staat*, [w:] *Verhandlungsdemokratie, Interessenvermittlung, Regierbarkeit*, red. R. Czada, M. G. Schmidt, Opladen 1993, s. 25-50.

³² G. F. Schuppert, *Konfliktmittlung bei Verhandlungen und Verwaltungsverfahren*, [w:] *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen*, t. II, red. W. Hoffmann-Riem, E. Schmidt-Aßmann, Baden-Baden 1990, s. 29-53. Podobnie H. Schulze-Fielitz, *Der Konfliktmittler als verwaltungsverfahrenrechtliches Problem*, [w:] *Konfliktbewältigung durch Verhandlungen...*, s. 55-86.

³³ R. Pitschas, *Allgemeines Verwaltungsrecht als Teil der öffentlichen Informationsordnung*, [w:] *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts...*, s. 219-305. Także H. Hill, *Staatskommunikation – Begriff, Erscheinungsformen und Entwicklungschancen*, [w:] *Staatskommunikation*, red. H. Hill, Köln-Berlin-Bonn-München 1993, s. 19-35.

³⁴ H. Dreier, *Zur „Eigenständigkeit” der Verwaltung*, „Die Verwaltung” 2 (1992), s. 137-156.

³⁵ H. Dreier, *Informales Verwaltungshandeln...*, s. 659.

kazów, *command and control regulations*, zajmuje ze strony państwa, aczkolwiek nie we wszystkich dziedzinach, elastyczna polityka strategii implementacyjnych³⁶ bądź, powiedzmy to wyraźnie, prywatyzacja procesu wykonawczego³⁷.

Przed udzieleniem odpowiedzi na pytanie: jakie skutki niesie ze sobą prywatyzacja legislacyjnej funkcji sterującej władzy wykonawczej, najpierw wypadnie określić samo pojęcie prywatyzacji. Jeśli przyjąć jego rozumienie już to jako prywatyzację zadań państwa, już to raczej jako prywatyzację materialną, i jedno, i drugie sprowadzić się musi do uwolnienia państwa od odpowiedzialności za wypełnianie ciężących na nim zadań i odstąpienie ich realizacji prawom rynku. Tego rodzaju odwrót państwa pozostaje w świetle prawa konstytucyjnego bądź teorii państwa o tyle nieproblematyczny, że z braku spójnej materialnej nauki o zadaniach państwa³⁸ krąg takich zadań nie jest możliwy do sprecyzowania. Tym samym nie sposób oceniać *a priori* tego rodzaju odwrotu ani jako naruszenia porządku konstytucyjnego, ani tym bardziej widzieć go w formie uszczerbku obywatelskich praw podstawowych. Wręcz przeciwnie, można tutaj zaryzykować postawienie hipotezy, że dekoncentracja wszechwładzy państwa przekłada się na poszerzenie obywatelskiej wolności *homo oeconomicus* i już chociażby z tego względu może być postrzegana jako rozstrzygnięcie ze wszech miar godne powitania³⁹.

Jeżeli mowa tutaj o prywatyzacji, to, mając na uwadze gwałtowne przyspieszenie w chwili obecnej tempa rozwoju technicznego i technologicznego, może być brana pod uwagę jedynie szersza wykładnia tego terminu. Prowadzi to do tego, że w roli normodawcy występuje, bezpośrednio albo pośrednio, inna instytucja aniżeli demokratycznie wyłonione przedstawicielstwo suwerena, czyli całego narodu. Dzieje się tak dlatego, że z uwagi na wspomniany rozwój parlament nie jest w stanie sam okre-

³⁶ W. Hoffmann-Riem, *Verhandlungslösungen und Mittlereinsatz im Bereich der Verwaltung: Eine vergleichende Einführung*, [w:] *Konfliktungswissenschaft...*, t. I, s. 13-41. Tamże, s. 17.

³⁷ Na temat zróżnicowanego pojmowania oraz typologii terminu „prywatyzacja” patrz: F. Schoch, *Zum zweiten Beratungsgegenstand: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, „Deutsches Verwaltungsblatt” 17 (1994), s. 962-977; H. Bauer, *Privatisierung von Verwaltungsaufgaben*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 54 (1995), s. 243-286; G. F. Schuppert, *Rückzug des Staates? Zur Rolle des Staates zwischen Legitimationskrise und politischer Neubestimmung*, „Die Öffentliche Verwaltung” 18 (1995), s. 761-770; U. di Fabio, *Privatisierung und Staatsvorbehalt. Zum dogmatischen Schlüsselbegriff der öffentlichen Aufgabe*, „Juristen Zeitung” 12 (1999), s. 585-592; M. Burgi, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, Tübingen 1999, s. 71 n.; Ch. Gramm, *Privatisierung und notwendige Staatsaufgaben*, Berlin 2001, s. 107 i n.; J. A. Kämmerer, *Privatisierung. Typologie – Determinanten – Rechtspraxis – Folgen*, Tübingen 2001, s. 22 i n.

³⁸ M. Burgi, *Funktionale...*, s. 20 i n., 41 i n.; Ch. Gramm, *Privatisierung...*, s. 20 i n., 40 i n., 190 i n.

³⁹ Nie można jednak przemilczeć tutaj głosów ostrzegających przed daleko idącą prywatyzacją. Tak np. E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Berlin 1998, s. 24 oraz F. Schoch, *Die Verwaltungsgerichtsbarkeit vor den Herausforderungen der jüngeren Rechtsentwicklung*, „Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg” 2000, s. 41-45. Odwrotnie natomiast M. Wallerath, *Der ökonomisierte Staat. Zum Wettstreit zwischen juristisch-politischem und ökonomischem Paradigma*, „Juristen Zeitung” 5 (2001), s. 209-218.

ślać lub wyznaczać jako ustawodawca standardów bądź norm na wszystkich możliwych obszarach. Nie sposób jednak przeoczyć, że delegacja tego rodzaju uprawnień władczych na gremia pozaparlamentarne łączy się nieuchronnie z uszczerbkiem demokratycznie legitymizowanej działalności państwa, ta ostatnia sprowadza się bowiem do recepcji lub odsyłania do powstałych poza parlamentem norm. Dzieje się tak z oczywistego powodu, gdyż najistotniejsze elementy znajdują się nie w ustawie, ale w technicznym aneksie do niej.

Na prywatyzację zadań państwa przyjdzie także spojrzeć z innego punktu widzenia, a mianowicie od strony przejmowania i wypełniania zadań publicznych przez instytucje prawa prywatnego. Przybieranie na sile tego procesu, zwłaszcza w chwili obecnej, nie musi jednak prowadzić w prostej linii do swoistej „kapitulacji”⁴⁰ i wycofywania się państwa z wypełniania kolejnych zadań. Pomijając ocenę celowości i efektywności skutków takiego kroku, przyjdzie zauważyć, że w praktyce sprawczej toruje sobie stopniowo drogę koncepcja kooperacji państwa z innymi podmiotami. Co więcej, odchodzenie od postrzegania państwa wyłącznie bądź przynajmniej głównie w roli dawcy. W miejsce takiego ujęcia wkracza państwo, którego podstawową funkcją jest regulowanie, a nie wspomniana (re)dystribucja⁴¹.

O ile więc nie zachodzi proces podtrzymywania tradycyjnego modelu wyłącznego wypełniania zadań publicznych przez państwo bądź też w opisanym kształcie prywatyzacji tychże zadań, można wówczas zaobserwować powstawanie mieszanych form organizacyjno-własnościowych, łączących w sobie z jednej strony elementy struktur państwowych, z drugiej natomiast ich funkcjonowanie stosownie do reguł mechanizmu rynkowego. Model hierarchicznie zorganizowanej administracji, dla której jedynie przepisy i polecenia służbowe są najważniejsze, ustępuje tym samym miejsca podmiotom sprężystości zarządzanym i kierowanym według praw rynku⁴².

3.2. Europeizacja procesu wykonawczego

Podążając tropem naszkicowanego modelu trójpodziału władz, przyjdzie uznać za demokratycznie legitymizowanego ustawodawcę takiego prawodawcę, którego mandat do sprawowania władzy wynika z woli wyborców. Stopniowo jednak, jak obserwujemy, obok narodowego ustawodawcy wyrasta inny prawodawca, a mianowicie Wspólnota Europejska. Dokładnie sprawę ujmując, ma tutaj miejsce proces tworzenia innego ładu prawnego nie obok, ale *ponad* narodowym ustawodawcą⁴³. Zbędnym jest tutaj uzupełnienie, że dokonuje się to na podstawie akceptowanej przez

⁴⁰ E. Schmidt-Aßmann, *Das allgemeine Verwaltungsrecht...*, s. 27. Podobnie R. Schmidt, *Die Reform von Verwaltung und Verwaltungsrecht*, „Verwaltungsarchiv” 2 (2000), s. 149-168. Tamże, s. 166.

⁴¹ J. Wieland, *Der Wandel von Verwaltungsaufgaben als Folge der Postprivatisierung*, „Die Verwaltung” 3 (1995), s. 332.

⁴² H. Dreier, *Die drei Staatsgewalten...*, s. 543.

⁴³ G. Lübke-Wolf, *Europäisches und nationales Verfassungsrecht*, „Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer” 60 (2001), s. 246.

państwa-członków Unii Europejskiej zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego wobec prawa krajowego.

Oczywistość ta prowokuje jednak do zadania pytania: kto właściwie występuje w roli prawodawcy na europejskiej płaszczyźnie supranarodowej? Wbrew powszechnym ocenom, udzielenie odpowiedzi na to pytanie nie jest proste. I jeżeli coś jest tutaj pewne, to jedynie fakt, że nie jest nim Parlament Europejski. Wprawdzie instytucja ta nosi taką nazwę, ale przypisanych temu pojęciu funkcji nie spełnia, przychodzi się bowiem zgodzić z opinią Klausa von Beyme⁴⁴, że o parlamencie we właściwym tego słowa znaczeniu można mówić tylko wtedy, gdy jest to ciało przedstawicielskie, które dysponuje nieograniczonym prawem inicjatywy ustawodawczej. A to nie jest bez wątpienia przypadek Parlamentu Europejskiego. Także z innego powodu trudno mówić o Parlamencie Europejskim jako instytucji przedstawicielskiej, skoro jego deputowani nie są obierani według jednolitej we wszystkich państwach członkowskich ordynacji wyborczej⁴⁵. Co więcej, jest to instytucja, która nie dysponuje nieskrępowanym prawem do uchwalania budżetu Wspólnoty⁴⁶. Przyjmując więc, że wymienione podstawowe prerogatywy legislatywy nie należą do uprawnień własnych Parlamentu Europejskiego, przyjdzie powiedzieć krótko, że rolę taką spełnia Rada Unii Europejskiej (Rada Ministrów). Także jednak w tym przypadku należy pamiętać o ograniczeniu: Rada staje się aktywna tylko wówczas, kiedy z prawa, a w zasadzie z monopolu (jeśli nie brać pod uwagę nielicznych ograniczeń⁴⁷) inicjatywy ustawodawczej skorzysta Komisja Unii Europejskiej. To pozwala nazwać Radę i Komisję „centralnymi organami” Unii Europejskiej.

Z perspektywy narodowej władzy wykonawczej, której zadanie leży przecież głównie w implementacji *acquis communautaire* do prawa krajowego, przyjdzie określić ów stan jako prowadzący do konfrontacji krajowej egzekutywy z dwoma wspólnotowymi ośrodkami władzy. Problemem przy tym nie jest występowanie dwuwładzy legislacyjnej, ale brak ośrodka, który zapewniłby pomiędzy nimi niezbędną koordynację. To w rezultacie prowadzi, według celnego określenia Petera M. Hubera, do sytuacji, w której narodowa ustawa *zmienia się z niezawodnego instrumentu sterowania działaniem administracyjnym w coraz bardziej przypadkowe urządzenie generujące*⁴⁸.

⁴⁴ K. von Beyme, *Der Gesetzgeber. Der Bundestag als Entscheidungszentrum*, Opladen 1997, s. 176.

⁴⁵ M. Hovehne, *Ein demokratisches Verfahren für die Wahl zum europäischen Parlament. Legitimation gemeinschaftlicher Entscheidungsstrukturen im europäischem Integrationsprozeß*, Frankfurt am Main 1999, s. 163 i n., 224 i n.

⁴⁶ Parlament Europejski może jedynie całościowo, stosownie do art. 272 ust. 8 TWE, odrzucić projekt budżetu.

⁴⁷ I tak np. odstępstwa od proponowanego tekstu Komisji może Rada przyjąć, ale tylko jednogłośnie (art. 250 TWE).

⁴⁸ P. M. Huber, *Die entfesselte Verwaltung*, „Staatswissenschaften und Staatspraxis” 4 (1997), s. 423-459 (zwłaszcza s. 444). *Daß sich das nationale Gesetz vor diesem Hintergrund von einem zuverlässigen Steuerungsinstrument für das Verwaltungshandeln mehr und mehr zu einem Zufallsgenerator wandelt, ist offensichtlich.*

Dodatkowe utrudnienie w rekonstruowaniu modelowego sprawowania władzy na przykładzie Unii Europejskiej stanowi i ten fakt, że obydwie wspomniane instytucje są w czystej formie organami egzekutywnymi. Rada Unii Europejskiej składa się z przedstawicieli rządów państw członkowskich, Komisję zaś tworzą również delegaci rządów z drobną, ale wszakże różnicą, że ich kandydatury uzgadniane są we wzajemnym porozumieniu umawiających się stron. Narodowy ustawodawca, którego centralne przecież miejsce wyznacza demokratyczny porządek konstytucyjny, zostaje w ten sposób nie tylko zepchnięty na jego obrzeża, ale, co więcej, nie zostaje nawet w przybliżonym wymiarze zastąpiony na poziomie wspólnotowym przez demokratycznie legitymizowanego prawodawcę⁴⁹.

Poważne skutki, z jakimi musi się liczyć krajowy ustawodawca, nie sprowadzają się bynajmniej jedynie do „europejskich” zmian pod względem treści w prawodawstwie narodowym bądź przekształcania prawa krajowego stosownie do prawa wspólnotowego. Daleko większego znaczenia nabierają, i trudno tutaj odmówić racji Horstowi Dreierowi⁵⁰, kompetencja kontroli i ewentualnego odrzucenia badanych norm prawnych. Tymczasem, według doktryny prawa niemieckiego, możliwość ta nie przysługuje władzom administracyjnym nie tylko jako *lex generalis*, ale również jako *lex specialis*. Administracja nie może tedy w pojedynczych przypadkach, z powołaniem się na niezgodność określonego przepisu z normą wyższej rangi, nie dopuścić do jego stosowania.

Opisaną sytuację komplikuje również to, że prawo wspólnotowe zarówno pierwotne, jak i pochodne korzysta z pierwszeństwa wobec prawa krajowego. Skutkiem tego nie jest jednak li tylko „poluzowanie”, jak zauważa Friedrich Schoch⁵¹, więzi z prawodawstwem legislatywy ogólnokrajowej, o wiele poważniejszego znaczenia nabierają bowiem notoryczna potrzeba wykładni oraz, w konsekwencji (co umyka uwadze innych badaczy), wydłużenie w czasie trwania samego procesu działalności wykonawczej.

Wreszcie, nie sposób przemilczeć i tego, że w przeciwieństwie do tworzonych przez lata standardów prawnych, priorytetowe traktowanie supranarodowego prawa burzy *eo ipso* określony ład wewnętrzny. I tak, na przykład procesowa zasada niemieckiego prawa administracyjnego, która niesie ze sobą w przypadku zgłoszenia sprzeciwu wobec aktu administracyjnego jego zawieszające działanie⁵², stosownie do orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości nie znajduje żadnego zastosowania⁵³. Więcej, przejście prawa wspólnotowego do porządku krajowego jest obowiązkiem naro-

⁴⁹ A. von Bogdandy, *Gubernative Rechtsetzung. Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, Tübingen 2000, s. 491.

⁵⁰ H. Dreier, *Die drei Staatsgewalten...*, s. 544.

⁵¹ F. Schoch, *Die Europäisierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, „Juristen Zeitung” 3 (1995), s. 109-123. Tamże, s. 111.

⁵² Stosownie do § 80 ust. 1 Ustawy o ustroju sądów administracyjnych i postępowaniu przed nimi (VwGO).

⁵³ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (ETS) z 10 lipca 1990 – C – 217/88 – Komisja vs. Bundesrepublik, „Europäische Gerichtshof Hammlung”, Slg. (1990) I, s. 2879-2909.

dowej władzy wykonawczej (administracyjnej)⁵⁴. Trudno w tej sytuacji powstrzymać się przed uwagą, że przedstawiona europeizacja prawa administracyjnego jest tożsama z jego instrumentalizacją. Mówiąc wprost, z wykorzystaniem narodowego prawa administracyjnego do celów administracyjnej implementacji prawa wspólnotowego.

3.3. Ekonomizacja procesu wykonawczego

Bez wątpienia myślenie ekonomiczne jest dzisiaj *in*. Ostatnio także w naukach prawnych i politycznych⁵⁵. Celem rozwiniętej pierwotnie na gruncie amerykańskich nauk prawnych ekonomicznej teorii prawa jest próba analizy norm prawnych z punktu widzenia ekonomii. Obserwując zwycięski pochod tego rodzaju traktowania prawa, nie sposób nie zadać sobie pytania, czy dla ekonomi(zac)ji jest także miejsce w interesującym nas tutaj, a podstawowym dla funkcjonowania państwa prawie konstytucyjnym?

Nie ma potrzeby powtarzać tu szczegółowo tego, co przynosi codzienna lektura wiadomości politycznych: zadłużenie publiczne rośnie, efektywność działania politycznego maleje. Ujmując to w zgrabną formułkę, można by powiedzieć, że jest to polityka dyskontowania już nie samej nawet przyszłości, ale wręcz życia przeszłego. Z ekonomicznego punktu widzenia sytuacja jest aż nadto alarmująca. Za *leitmotiv* analizy ekonomicznej prawa konstytucyjnego uchodzić tedy musi zasadne politycznie żądanie, ale i wspieranie racjonalizacji procesu wykonawczego. Uprawiania „polityki bez romantyzmu”, by odwołać się do słów jednego z pionierów podejścia ekonomicznego w badaniu prawa, Jamesa M. Buchanana⁵⁶.

Przykładając ekonomiczne reguły do badania konstytucjonalizmu, przyjdzie powtórzyć podręcznikowe w swej oczywistości założenie ekonomii, że jej podstawowym

Tu s. 2905, 2908. F. Schoch, *Die Europäisierung des verwaltungsrechtlichen Rechtsschutzes*, Berlin–New York 2000, s. 31 oraz D. H. Scheuing, *Rechtsprechungsanalyse. Europäisierung des Verwaltungssrechts*, „Die Verwaltung” 1 (2001), s. 107-143.

⁵⁴ Stosownie do § 80 ust. 2 zdanie 1 nr 4 Ustawy o ustroju sądów administracyjnych i postępowaniu przed nimi (VwGO). Więcej na ten temat: K. Stern, *Die Erweiterung des europäischen Gemeinschaftsrechts auf die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, „Juristische Schulung” 9 (1998), s. 769-776, w szczególności s. 775 oraz A. Jannasch, *Einwirkungen des Gemeinschaftsrechts auf den vorläufigen Rechtsschutz*, „Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht” 5 (1999), s. 495-502. Tamże, s. 496.

⁵⁵ Tutaj jedynie najbardziej charakterystyczne dla tego punktu widzenia: H. Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip. Möglichkeiten und Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts*, Tübingen 1995; Ch. Kirchner, *Ökonomische Theorie des Rechts*, Berlin 1997; Ch. Engel, M. Morlok (Hrsg.), *Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der konstitutionellen politischen Ökonomie*, Tübingen 1998; D. Krimphove, *Rechtshistorische Aspekte der „Neuen ökonomischen Theorie des Rechts”*, „Rechtstheorie” 4 (2001), s. 497-532; A. Voßkuhle, „Ökonomisierung” des Verwaltungsverfahrens, „Die Verwaltung” 3 (2001), s. 347-369; F. Pilz, *Das bundesstaatliche Finanzsystem und sein Reformspielraum: Von der Anpassungsfähigkeit zur Reformunfähigkeit der Politik?*, „Zeitschrift für Politik” 1 (2002), s. 1-35; B. Grzeszick, *Lässt sich eine Verfassung kalkulieren?*, „Juristen Zeitung” 13 (2003), s. 647-655.

⁵⁶ J. M. Buchanan, *Politics without Romance: A Sketch of Positive Public Choice Theory and its Normative Implications*, „IHS Journal” 3 (1979), s. B1-B11.

celem jest maksymalizacja dobrobytu społeczeństwa. Także podręcznikową wiedzą jest to, że droga do tego celu leży we wzroście efektywności alokacji: sterowanie podziałem niedostatecznej ilości dostępnych dóbr powinno tak następować, by pomimo tego zapewnić powstanie optymalnego układu ekonomicznego. Ponieważ przedstawione rozumienie efektywności jest przyjmowane jako kryterium w ocenie norm prawnych, celem konstruowanego porządku prawnego ma być właśnie maksymalizacja ogólnospołecznych korzyści. Uprawnia to jednak do stwierdzenia, że zachowanie się aktorów procesu ekonomicznego nie może być poddane jedynie deskryptywnemu opisowi, ale, wzięwszy pod uwagę racjonalność tego zachowania, powinno podlegać także ocenie normatywnej. Temu celowi ma właśnie służyć analiza ekonomiczna. Jej zadaniem jest pomóc w stwierdzeniu, w jaki sposób muszą zostać skonstruowane normy prawa konstytucyjnego, by osiągnąć optimum społecznej korzyści, rozumianej tutaj jako suma korzyści indywidualnych.

Tego rodzaju oczekiwanie musi zostać w tym miejscu zakwestionowane. Wynika to głównie z tego, że stosownie do ekonomicznej teorii prawa ma miejsce rozciągnięcie kategorii korzyści indywidualnej na kategorię interesu gospodarczego. Tym samym nie dostrzega się, że założenie dążenia jednostek do maksymalizacji własnej korzyści wyklucza w wielu przypadkach działanie tychże jednostek z pobudek zgoła niematerialnych. Wprawdzie uczucia i przekonania etyczne mogą być określone jako racjonalny interes indywidualny, których realizacja prowadzi do maksymalizacji korzyści, jednak celem analizy ekonomicznej jest wówczas wyjaśnienie, z jaką częstotliwością, w jakim zakresie oraz według jakiej skali wartości poszczególne jednostki realizują wspomniane zamierzenia?

Nie da się ukryć, że wiarygodne odpowiedzi mogą zostać udzielone tylko wtedy, gdy aktorzy procesu ekonomicznego postępują rzeczywiście w duchu klasycznych tez wyłożonych przez Adama Smitha w jego *Badaniach nad naturą i przyczynami bogactwa narodów*, a mianowicie jako *homines oeconomici*. Wiarygodność wyników analizy ekonomicznej wzrasta także, gdy w optyce aktorów procesu ekonomicznego przeważa określona korzyść bądź też gdy dane preferencje pozostają znane albo są przynajmniej w swojej zmienności przewidywalne. Tego rodzaju warunki nie są jednak, jak podają Christoph Engel i Martin Morlok, spełniane przez prawo konstytucyjne⁵⁷. Trudno się z tą opinią nie zgodzić, gdy bowiem dla podmiotów indywidualnych określenie korzyści bądź stopnia stabilności preferencji nie nastręcza większej trudności, to w przypadku podmiotu zbiorowego, jakim jest bez wątpienia państwo, nie jest to ani proste, ani też praktycznie możliwe. Dzieje się tak, ponieważ demokratyczne państwo prawa obejmuje *ex definitione* nie tylko potencjalnie, ale i faktycznie adresatów norm, których interesy nie zawsze są do pogodzenia.

Nie ma, jak zostało to już powiedziane, podstaw do zakwestionowania stwierdzenia Engela i Morloka. W jednym atoli przyjdzie powyższe stanowisko uzupełnić. *Homo oeconomicus*, kierujący się w swoim postępowaniu dążeniem do maksymali-

⁵⁷ Ch. Engel, M. Morlok (Hrsg.), *Hentliches...*, s. 10.

zacji własnej korzyści, jest jako element społeczeństwa związany nie tylko z gospodarką, ale również *ex more* z religią, nauką czy sztuką. To pozwala powiedzieć, że jeśli postępowanie aktorów procesu ekonomicznego w obszarach pozaekonomicznych może zostać zakwalifikowane z perspektywy opisanego kryterium maksymalizacji własnej korzyści, to nic nie stoi na przeszkodzie poddaniu tego postępowania analizie ekonomicznej.

Wszędzie tam, gdzie jednostki z reguły, a więc z określonym prawdopodobieństwem, postępują stosownie do zasady maksymalizacji korzyści, znajduje swoje zastosowanie model wspierania dobra (korzyści) wspólnego za pośrednictwem wspierania dobra (korzyści) jednostkowego⁵⁸. Możemy więc powiedzieć, że ekonomia dostarcza model postępowania, który z powodzeniem znajduje zastosowanie w interesującej nas tutaj dziedzinie prawa konstytucyjnego. Nie oznacza to jednak, że zasadnicza krytyka roszczenia normatywnego w ekonomicznej teorii prawa nie ma swojego uzasadnienia. Roszczenie, które sprowadzałoby się do udzielania wypowiedzi normatywnych na temat kształtowania prawa konstytucyjnego, jest bowiem nie do utrzymania⁵⁹. Powód jest więcej aniżeli prostej natury: w przypadku kwantyfikacji postępowania aktorów procesu ekonomicznego według ekonomicznej racjonalności nie jest uwzględniony należycie polityczny charakter prawa konstytucyjnego. Konstytucja finansowa demokratycznego państwa prawa nie nosi przecież jedynie znamion gospodarki rynkowej. I trzeba to powiedzieć wyraźnie, z uwagi na społecznie pojmowane funkcje państwa nosić nie może.

Jeśli spojrzeć na – wymieniając przykładowo – podział władzy, zwyczaj polityczny, identyfikację regionalną, polityczną bądź religijną, to możemy powiedzieć, że jako wartości same w sobie mogą być one oceniane wedle kryteriów korzyści ekonomicznych. Ich ekonomiczna optymalizacja nie jest jednak możliwa. Bierze się to stąd, że te i inne, nie wymienione powyżej, polityczne wartości, nie są porównywalne⁶⁰. Więcej, że z braku wspólnej obiektywnej skali, która jest przecież niezbędna pod nieobecność probierza mechanizmu rynkowego dla ustalenia optymalnej korzyści wspólnej, porównanie tych korzyści jest nie do przeprowadzenia. Stwierdzenie, że potrzebna dla oceny i porównania różnych korzyści politycznych skala nie może tedy zostać wyznaczona ekonomicznie, nie oznacza niczego innego, jak to, że jej ustalenie wymaga ustanowienia normatywnego. Miejsce rynkowego mechanizmu z jego ekonomicznymi prawami zajmuje mechanizm państwowy z jego politycznymi prawami. W tym natomiast przypadku skalę prawidłowości politycznych decyzji działającego w ramach konstytucji ustawodawcy wyznacza polityczna (par-

⁵⁸ Tak m.in.: Ch. Möllers, *Kooperationsgewinne im Verwaltungsprozeß. Zugleich ein Beitrag zu Theorie und Praxis ökonomischer Analyse im Verwaltungsrecht*, „Die Öffentliche Verwaltung” 16 (2000), s. 667-675; J.-P. Schneider, *Zur Ökonomisierung von Verwaltungsrecht und Verwaltungswissenschaft. Begriffsbildung und einführende Analyse ausgewählter Beispielfälle*, „Die Verwaltung” 3 (2001), s. 317-345; T. Groß, *Ökonomisierung der Verwaltungsgerichtsbarkeit und des Verwaltungsprozessrechts*, „Die Verwaltung” 3 (2001), s. 371-395.

⁵⁹ B. Grzeszick, *Läßt sich eine...*, s. 653.

⁶⁰ Ch. Engel, *Offene Gemeinwohldefinitionen*, „Rechtstheorie” 1 (2001), s. 23-52. Tamże, s. 31.

lamentarna) *większość*⁶¹. To pozwala powiedzieć, że w demokracji o wzorcu dobra wspólnego decyduje nie ekonomiczny rozsądek, ale polityczna większość.

Przyjmując za pewnik, że ekonomia nie stanowi wyższego stopnia rozsądku, wypadnie zauważyć, że nie jest możliwe udzielenie w jej imieniu odpowiedzi na pytanie: czy sterowanie procesem decyzyjnym powinno następować według reguł mechanizmu rynkowego, czy też może raczej politycznego? Także potraktowanie tworzenia („urabiania”) opinii politycznej w kategoriach rynkowych nie ułatwia udzielenia odpowiedzi na postawione pytanie. Tworzenie takie wymaga przecież udzielenia najpierw odpowiedzi na pytanie o skalę preferencji, gdy tymczasem ekonomiczne rozważania zakładają już ich istnienie. Założona stabilność preferencji ogranicza jednak, o czym była już mowa, korzyść ekonomicznego podejścia do prawa w sposób podstawowy⁶². Stan ów uprawnia tedy do wypowiedzenia uwagi podsumowującej, tej mianowicie, że w rzeczywistości niezwykle rzadko decyzje polityczne zapadają według kryteriów ekonomii. Nawet wtedy, gdy objawia się ona jako najbardziej pragmatyczna forma sprawdzianu idealizmu politycznego.

⁶¹ Ch. Hillgruber, *Die Herrschaft der Mehrheit. Grundlagen und Grenzen des demokratischen Majoritätssprinzips*, „Archiv des öffentlichen Rechts” 3 (2002), s. 460-473.

⁶² G. Roellecke, *Zur Unterscheidung und Koppelung von Recht und Wirtschaft*, „Rechtstheorie” 1 (2000), s. 1-14.

Prof. UJ dr hab. Jan Wiktor TKACZYŃSKI, ur. 1960 r., studiował politologię, geografę gospodarczą i slawistykę na Uniwersytecie Jagiellońskim, następnie w Ludwig-Maximilians-Universität w Monachium, gdzie doktoryzował się u profesora Heinza Laufera w 1992 r. rozprawą o geopolityce na przykładzie Niemiec i Polski oraz, w latach 1993-1994, odbył studia podyplomowe w zakresie ekonomii. Od 1994 do 2001 r. pracownik naukowy Instytutu Ekonomii i Administracji Publicznej w Universität der Bundeswehr w Monachium. W roku 2000 habilitował się przed Radą Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. W latach 2001-2004 profesor europeistyki Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu, od 2004 r. profesor europeistyki Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor bądź współautor trzynastu książek, m.in.: *Die Geopolitik* (1993), *Auslandsinvestitionen in Polen* (1995), *Polen und die neue NATO* (1997), *Polen im Umbruch* (1997), *Die Fonds der Europäischen Union* (2001), *Oblicza współczesnego państwa* (2002), *Varia europejskie* (2003), *Business Promotion Activities in Poland and Germany* (2003), *Existenzgründung in Deutschland* (2004) oraz *Ustrój federalny Niemiec a system decyzyjny Unii Europejskiej* (2005). W trzecim numerze „Politei” ukazał się jego artykuł pt. *Traktat ustanawiający konstytucję dla Europy a suwerenność państw sygnatariuszy*.